

TAR Lazio, Sezione Quarta Ter, Sentenza n. 2329 del 3 febbraio 2025

Appalti di forniture – Omessa comunicazione irregolarità OE relative ai requisiti di partecipazione –

Esclusione automatica – Legittimità

Pubblicato il 03/02/2025

N. 02329/2025 REG.PROV.COLL.

N. 10874/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10874 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in (...);

contro

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in (...);

nei confronti

della (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della delibera n. 223 adottata da (...) S.p.A. il 16 settembre 2024 e pubblicata sul Portale Acquisti di (...) il 19 settembre 2024;
- della comunicazione prot. (...) dell'8 ottobre 2024 di rigetto dell'istanza di revoca in autotutela della Delibera n. 223 del 16 settembre 2024;
- del disciplinare nella parte in cui al par. XIV non prevede l'applicazione dell'art. 96, commi da 4 a 6 del Codice, nell'ipotesi in cui una causa di esclusione sopraggiunga successivamente alla presentazione dell'offerta e sanziona con l'esclusione il concorrente primo in graduatoria in caso di esito negativo delle verifiche, a prescindere dalla circostanza che i requisiti dichiarati in sede di offerta siano venuti meno nel corso della procedura; del provvedimento di aggiudicazione all'operatore economico, di cui non si ha conoscenza, adottato o adottando ai sensi dell'impugnato par. XIV, § 1 del disciplinare;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, anche non conosciuto, ovvero richiamato nella citata delibera e per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e/o stipulando nelle more del presente giudizio; nonché per il conseguente subentro dell'odierno ricorrente nel contratto eventualmente stipulato, al quale sin d'ora il ricorrente si rende disponibile, in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati *ex artt.* 121 e/o 122 del c.p.a.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 15 novembre 2024:

- della delibera di aggiudicazione n. 276 adottata da (...) l'11 novembre 2024, e pubblicata sul Portale Acquisti di (...) il 12 novembre 2024;
- ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, anche non conosciuto, ovvero richiamato nella citata delibera.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.A. e della (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2024 il dott. Valentino Battiloro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente gravame ha ad oggetto il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara aperta, indetta dalla resistente (...) S.p.A., per l'affidamento di un *“Contratto Aperto biennale con eventuale proroga temporale di un ulteriore anno interamente gestito con sistemi telematici avente ad oggetto la fornitura in categoria dei rivestimenti, in materiale eco-sostenibile, delle sedute e delle tendine per le carrozze in asset alla Direzione Business IC”*.

2. La stazione appaltante, in particolare, acquisita dalla (...) la nota prot. n. 982793 dell'1 agosto 2024 nella quale si attesta, alla data del 15 luglio 2024, l'inottemperanza agli obblighi assunzionali di lavoratori disabili previsti dalla l. 68/99, ha contestato alla ricorrente, già proposta per l'aggiudicazione, il mancato possesso del requisito di partecipazione di cui all'art. 94, comma 5, lett. b), d.lgs. 36/2023, disponendone per tale motivo l'esclusione dalla gara con delibera n. 223 del 16 settembre 2024, ivi gravata.

3. La ricorrente, con successiva istanza tesa ad ottenere la revoca del provvedimento di esclusione, ha rappresentato alla stazione appaltante, per la prima volta, le seguenti circostanze:

- di essere in possesso del requisito di partecipazione al momento di presentazione dell'offerta, in quanto, oltre ad avere alle sue dipendenze tre lavoratori disabili, aveva in essere due convenzioni *ex art. 11, l. 68/99* (con l'(...), per l'inserimento

lavorativo di due persone da effettuarsi entro il 31 dicembre 2023 e 30 giugno 2024, e con la (...) per un'assunzione da concludere entro il 31 gennaio 2024);

- a fronte delle difficoltà riscontrate nel reperire personale adatto allo svolgimento delle mansioni di operaio, di aver provveduto, in data 2 settembre 2024, all'assunzione di tre lavoratori disabili, adibiti a mansioni amministrative.

3.1. (...), con delibera n. 38238 dell'8 ottobre 2024, anch'essa impugnata, ha rigettato l'istanza di riesame confermando la determina di esclusione sulla base dei seguenti ulteriori motivi:

- la ricorrente avrebbe comunicato tardivamente alla stazione appaltante la situazione di irregolarità in cui versava, con conseguente violazione dell'art. 96, comma 14, d.lgs. 36/2023, che pone a carico dell'operatore economico l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95;

- la medesima non avrebbe adempiuto agli obblighi assunzionali già alla data del 31 dicembre 2023 (termine previsto dalla convenzione con l'(...) per la prima assunzione) e le successive misure sarebbero pertanto tardive rispetto alla già rilevata inottemperanza alla l. n. 68/99.

4. A sostegno del ricorso la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di ricorso.

4.1. *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 94 del d. lvo. n. 36/2023. Falsa applicazione del principio di necessaria continuità dei requisiti di partecipazione. Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità nonché dei principi di fiducia e risultato. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche di difetto di istruttoria, motivazione erronea e insufficiente”.*

Il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo perché assunto in violazione dell'art. 94, d.lgs. 36/2023, in quanto la stazione appaltante non avrebbe tenuto in considerazione le misure di carattere tecnico e organizzativo adottate dalla ricorrente ai sensi dell'art. 96 per rimuovere la causa di esclusione sopravvenuta.

4.2. *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 96 d.lvo. n. 36/2023. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e di interpretazione restrittiva delle stesse. Violazione dei*

principi di cui agli artt. 1, 2 e 3 del d.lvo n. 36/2023. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche di sviamento di potere, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti”.

Parimenti illegittimo sarebbe il provvedimento di rigetto dell'istanza di riesame della delibera di esclusione, giacché la ricorrente sostiene di essere venuta a conoscenza della situazione di irregolarità in cui versava soltanto in seguito alla richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante e di essersi tempestivamente attivata per adempiere agli obblighi assunzionali di cui alla l. 68/99.

Con tale doglianza, inoltre, la ricorrente sostiene, contrariamente a quanto affermato da (...) in merito al mancato rispetto della convenzione con la (...) (con particolare riferimento all'obbligo di assumere un lavoratore entro il 31 dicembre 2023), di aver rispettato l'intesa provvedendo all'assunzione di un lavoratore in data 25 gennaio 2024, previa richiesta di nulla osta formulata in data 21 dicembre 2023.

4.3. *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 106 d.lvo. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 16 ,49, 50 e 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, 4, protocollo 7, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - CEDU, 6 del TUE, nonché dei principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche di sviamento di potere, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti”.*

Con tale doglianza la ricorrente, infine, censura per difetto di motivazione la scelta dell'Amministrazione di escutere la garanzia fideiussoria ai sensi dell'art. 106 d.lgs. 36/2023; in subordine, laddove si dovesse ritenere che l'art. 106 imponga l'escussione automatica della cauzione, la ricorrente dubita della compatibilità della disposizione con i principi eurolunitari sollecitando il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

5. (...) S.p.A., costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto nel merito del ricorso.

6. Con motivi aggiunti del 15 novembre 2024, la ricorrente ha impugnato la

determina di aggiudicazione in favore della controinteressata (...) S.r.l., deducendone illegittimità derivata.

7. La controinteressata società, costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso, deducendo che già al momento di presentazione dell'offerta (9 gennaio 2024) la ricorrente non sarebbe stata in possesso di un requisito di partecipazione per il mancato adempimento degli obblighi assunzionali entro i termini previsti dalle convenzioni stipulate con la (...) e la (...).

8. Con memoria del 29 novembre 2024 la resistente (...) ha sollevato due eccezioni di inammissibilità del ricorso, come integrato da motivi aggiunti:

- in primo luogo, la ricorrente, presentando una richiesta di revoca del provvedimento di esclusione, avrebbe implicitamente ammesso l'assenza di profili di illegittimità nella determina assunta dalla stazione appaltante;
- in secondo luogo, la ricorrente non avrebbe articolato alcuna doglianza in relazione a una delle ragioni dell'esclusione, come esplicitata nel provvedimento di rigetto dell'istanza di revoca nella parte in cui (...) ha contestato che fin dal 31 dicembre 2023 - dunque prima del termine per la presentazione delle offerte del 9 gennaio 2024 - non era stata adempiuta la convenzione stipulata con l'(...).

9. Con successiva memoria, la ricorrente ha replicato alle eccezioni di rito sollevate dall'Amministrazione resistente sostenendo che l'istanza di riesame, aldilà del *nomen iuris* alla stessa assegnato, mirava in realtà all'annullamento della delibera di esclusione, ed evidenziando, quanto alla mancata contestazione di tutte le ragioni poste a fondamento dei gravati provvedimenti, che con il ricorso introduttivo ha espressamente censurato le valutazioni della stazione appaltante in merito al mancato rispetto della convenzione con l'(...).

10. All'udienza pubblica del 17 dicembre 2024, la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione.

11. Preliminarmente, occorre vagliare le eccezioni di rito sollevate da parte resistente.

11.1. È in primo luogo infondata l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse fondata sul rilievo che la ricorrente, sollecitando la revoca del provvedimento di esclusione, avrebbe implicitamente ammesso la legittimità del medesimo.

In linea generale l'acquiescenza – risolvendosi in una rinuncia a esercitare il proprio diritto d'azione – deve essere circoscritta alle ipotesi di esplicita ed inequivoca manifestazione di piena adesione del provvedimento amministrativo, ricavabile, in difetto di dichiarazione espressa, attraverso il compimento di atti o comportamenti univocamente rivelatori della volontà di accettarne gli effetti.

Nella fattispecie in esame, la presentazione di un'istanza di riesame, a prescindere dal *nomen iuris* alla medesima assegnato, è lo strumento mediante il quale il privato mira al conseguimento del bene della vita in tempi celeri e non preclude a questi la possibilità, dato anche il carattere ampiamente discrezionale del potere di autotutela della p.a., di ricorrere alla tutela giurisdizionale in caso di esito infruttuoso del rimedio stragiudiziale: in questi termini, il comportamento assunto dalla ricorrente è compatibile con la volontà di riservare ogni ulteriore decisione, anche in termini di esercizio del proprio diritto di difesa, solo all'esito della definizione del procedimento di secondo grado attivato su istanza di parte.

11.2. È altresì infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione di una delle ragioni giustificatrici del provvedimento (nella specie rappresentata dal mancato rispetto degli obblighi assunzionali già alla data del 31 dicembre 2023), considerato che la ricorrente ha espressamente contestato detta circostanza (pag. 13 e 26 del ricorso introduttivo), censurando le valutazioni dell'Amministrazione per travisamento dei fatti.

12. Passando all'esame del ricorso, attesa l'evidente connessione, è possibile procedere alla trattazione congiunta dei primi due motivi di ricorso a mezzo dei quali la ricorrente società lamenta l'illegittimità del provvedimento di esclusione, come integrato dalla successiva determina di reiezione della domanda riesame,

nella quale l'Amministrazione, sulla base delle ulteriori informazioni fornite dall'istante, ha indicato le ulteriori ragioni poste a fondamento della sanzione espulsiva.

12.1. In particolare, l'esclusione della ricorrente è fondata sulle seguenti motivazioni:

- il mancato possesso, già alla data di presentazione dell'offerta, del requisito di partecipazione di cui all'art. 94, comma 5, lett. b), d.lgs. 36/2023, ed il carattere intempestivo delle assunzioni disposte solo in seguito alla richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante;
- la mancata osservanza degli obblighi informativi di cui all'art. 96, comma 14, d.lgs. 36/2023.

12.2. Il tema preliminare da affrontare è dunque quello relativo alla sussistenza, in capo alla ricorrente, del requisito di partecipazione alla data di presentazione dell'offerta (9 gennaio 2024). Come in precedenza evidenziato, la ricorrente alla data del 9 gennaio 2024 aveva alle sue dipendenze tre lavoratori disabili e due convenzioni attive *ex art. 11, l. 68/99* per l'assunzione di ulteriori tre unità lavorative.

In particolare, la convenzione con l'(...) prevedeva un inserimento di un lavoratore entro il 31 dicembre 2023 e di un lavoratore entro il 30 giugno 2024, mentre la convenzione con l'(...) contemplava un inserimento da effettuarsi entro il 31 gennaio 2024.

La ricorrente sostiene di aver rispettato i termini della convenzione con l'(...) mediante la richiesta nominativa di nulla osta all'assunzione inviata all'(...) in data 21 dicembre 2024, mentre il contratto sarebbe stato stipulato soltanto in data 25 gennaio 2024 per un ritardo imputabile all'Ente: in tal modo sarebbe stato rispettato l'obbligo di inserimento di un lavoratore disabile entro il 31 dicembre 2023, con la conseguenza che alla data di presentazione dell'offerta, grazie alle convenzioni ancora attive *ex art. 11, l. 68/99*, il requisito di partecipazione sarebbe

soddisfatto.

Tali deduzioni difensive, tuttavia, sono infondate.

Occorre in primo luogo evidenziare che la l. 68/99 non contiene alcuna disposizione che consenta di retrodatare l'assunzione al momento della richiesta del menzionato nulla osta.

Si tratta invero di un adempimento preliminare, come confermato dall'art. 9 della citata legge che pone a carico dei datori di lavori l'obbligo di *«presentare agli uffici competenti la richiesta di assunzione entro sessanta giorni dal momento in cui sono obbligati all'assunzione dei lavoratori disabili»*.

Ne deriva che l'assunzione del lavoratore, avvenuta in data 25 gennaio 2024, è tardiva rispetto alla data di presentazione dell'offerta.

Non si comprende inoltre in che modo tale assunzione possa “supplire” all'inserimento lavorativo, da effettuarsi entro il 31 dicembre 2023, previsto dalla convenzione con l'(...).

Quest'ultima, invero, stabiliva che *«Ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di cui alla L. 68/99, in caso di contratto a tempo determinato, lo stesso dovrà avere durata superiore a 6 mesi»*, mentre il lavoratore assunto in data 25 gennaio 2024 ha stipulato un contratto della durata di soli 6 mesi.

Alla data del 9 gennaio 2024, dunque, non vi è alcun dubbio che la ricorrente fosse già inadempiente rispetto alla convenzione con l'(...) e, dunque, priva in radice del requisito di partecipazione.

La circostanza che l'(...) non abbia diffidato la ricorrente, condizione prodromica alla risoluzione di diritto della convenzione ai sensi dell'art. 4, non assume alcuna rilevanza ai fini del rispetto degli obblighi assunzionali di cui alla l. 68/99, trattandosi di disposizione pattizia che regola i soli rapporti tra le parti.

Il successivo art. 10 della convenzione, del resto, stabilisce che il differimento dei termini di assunzione è ammissibile per una sola volta ed in casi eccezionali, solo ove sussistano giustificati motivi documentabili ed imprevedibili, con onere a

carico del datore di lavoro di informare preventivamente l'(...).

Nel caso in esame, tuttavia, la ricorrente non si è avvalsa della proroga dei termini per le assunzioni e, dunque, il mancato adempimento degli obblighi assunzionali *ex* l. 68/99, alla data del 9 gennaio 2024, è un dato incontrovertibile e prescinde dalla mancata diffida ad adempiere da parte dell'(...) (cfr. in tal senso, TAR Lazio, sez. III *ter*, 9 marzo 2017, n. 3310, secondo il quale “*non può ritenersi sufficiente, ai fini dell’adempimento degli obblighi di legge di assunzione di personale disabili, la mera stipulazione di convenzioni laddove di fatto inadempite. È, infatti, evidente che la ratio della norma a tutela dei disabili è quella di funzionalizzare gli appalti pubblici ad esigenze sociali che non possono dirsi realizzate con la semplice stipula della convenzione con cui un datore di lavoro/operatore economico si impegni sic et simpliciter all’assunzione dei disabili oggetto di convenzione, necessitandosi anche l’effettivo adempimento alla predetta obbligazione*”).

12.3. Ritenuto pertanto corretta la valutazione della stazione appaltante in merito alla carenza del requisito di cui si discute al momento di presentazione dell'offerta, va affermata l'infondatezza delle doglianze con cui la ricorrente sostiene il mancato rispetto della disciplina di cui all'art. 96, del d.lgs. 36/2023.

Ed invero, rileva nella fattispecie il comma 3 dell'art. 96, ai sensi del quale «*Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente: a) comprova di avere adottato le misure di cui al comma 6; b) comprova l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera ai sensi del comma 4*», e non il successivo comma 4, invocato dalla ricorrente, che disciplina la differente ipotesi in cui la causa di esclusione sia sopravvenuta.

Nel caso in esame, incerto, la ricorrente non ha comunicato alla stazione appaltante la causa di esclusione, data dal mancato adempimento della convenzione con l'(...), e si è attivata soltanto dopo aver ricevuto la richiesta di chiarimenti da parte dell'Amministrazione, il cui operato è pertanto immune da censure.

12.4. Residua da esaminare il motivo con il quale la ricorrente lamenta il

trattenimento automatico della garanzia fideiussoria prestata.

Posto che detta conseguenza è un effetto legale del provvedimento di esclusione e non necessita pertanto di motivazione, venendo in rilievo un'attività vincolata dell'Amministrazione, occorre interrogarsi sulla compatibilità dell'art. 106, d.lgs. n. 36/2023, con la normativa eurounitaria.

Il comma 6 dell'art. 106 citato stabilisce che *«la garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario»*.

Si tratta di una disposizione in parte innovativa rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 93, co. 6, d.lgs. 50/2016, che delimitava l'ambito di operatività della garanzia al solo momento successivo all'aggiudicazione (in termini, cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen. 26 aprile 2022, n. 7).

La garanzia in esame persegue essenzialmente due finalità: quella di garantire il rispetto delle regole di gara e la serietà dell'offerta presentata (come sottolineato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 198 del 2022) e quella di liquidare in via anticipata e forfettaria il danno subito dall'amministrazione aggiudicatrice per qualunque fatto riconducibile all'impresa, che abbia impedito la stipula del contratto.

Per riprendere le parole dell'Adunanza plenaria (sent. 7/2022 cit.), *“nella fase fisiologica, la “fideiussione” assolve alla sola funzione di consentire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di svincolare tale garanzia al momento della sottoscrizione del contratto. Nella fase patologica, la “fideiussione” consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento dell'obbligo di pagamento della somma predeterminata dalla legge con funzione compensativa dei danni relativi alla fase procedimentale. L'operatività di entrambe le forme di garanzia presuppone un “fatto” del debitore principale che viola le regole di gara che comporta – a seguito dell'eliminazione del riferimento al dolo e alla colpa grave da parte del citato decreto legislativo n. 56 del 2017 – la configurazione di un modello di responsabilità oggettiva, con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un*

rapporto di causalità”.

Peraltro, come evidenziato da parte ricorrente, la questione della compatibilità con il diritto europeo delle norme di diritto interno che prevedono l’incameramento della cauzione provvisoria quale conseguenza automatica dell’esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di servizi o lavori, a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia stato, o non, aggiudicatario dell’affidamento medesimo, è stata rimessa alla Corte di giustizia dell’U.E. dal Consiglio di Stato in diverse recenti occasioni (cfr. sez. V, 16 giugno 2023, n. 5950; sez. V, 7 giugno 2023, n. 5618; sez. V, 6 aprile 2023, n. 3571; sez. V, 29 marzo 2023, n. 3264; 28 febbraio 2023, n. 2033).

Con la recente sentenza C-403/23 del 26 settembre 2024, la Corte di Giustizia ha confermato la fondatezza dei dubbi interpretativi sollevati dal giudice italiano, chiarendo che l’incameramento automatico della cauzione, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate dall’offerente negligente e, pertanto, in assenza di qualsiasi motivazione individuale, non appare compatibile con le esigenze derivanti dal rispetto del principio di proporzionalità.

Tuttavia, la fattispecie per cui è controversia si differenzia da quella oggetto della richiamata sentenza per plurime ragioni:

- in primo luogo, il rinvio pregiudiziale riguardava la compatibilità con i principi del Trattato per il funzionamento dell’U.E. (di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE), e con la direttiva 2004/18/CE, delle norme interne di cui all’art. 11, comma 6, all’art. 37, commi 8, 9, 10, 18 e 19, all’art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, che contemplavano ipotesi di automatico incameramento della cauzione provvisoria, versata dall’offerente non aggiudicatario, non più previste dall’art. 106, comma 6, d.lgs. 36/2023;
- in secondo luogo, l’escussione della cauzione provvisoria nella causa C-403/23 interessava un operatore economico non aggiudicatario che era stato escluso dalla

gara a causa di vicende riferite alle mandanti, colpite peraltro da una causa di esclusione non automatica rimessa alla valutazione discrezionale della Stazione appaltante (nella specie, una fattispecie di grave illecito professionale); il presente contenzioso, invece, attiene all'applicazione di una causa di esclusione c.d. automatica (ossia l'esclusione prevista dall'art. 94, comma 5, lett. b), d.lgs. 36/2023, per l'inottemperanza agli obblighi di assunzione previsti dalla normativa sul diritto al lavoro dei disabili);

- in terzo luogo, nella medesima pronuncia la Corte di Giustizia ha ritenuto incompatibile con il principio di proporzionalità l'incameramento automatico della cauzione disposto senza tener conto delle regolarizzazioni eventualmente operate dall'offerente negligente; nella fattispecie in esame la ricorrente, priva del requisito di partecipazione già al momento di presentazione delle offerte, non ha invece assunto le iniziative di cui all'art. 93, comma 3, d.lgs. 36/2023;

- da ultimo, l'escussione della cauzione provvisoria nella causa C-403/23 raggiungeva l'ammontare di quasi 3 milioni di euro, mentre nella presente vicenda la cauzione si attesta ad euro 144.463,48, ossia un importo ben lontano da quel carattere sproporzionato e punitivo paventato dalla ricorrente.

In sintesi, la fattispecie qui in esame è radicalmente diversa, sia per l'importo particolarmente esiguo della cauzione provvisoria, sia per la condotta negligente tenuta dalla ricorrente.

Non si ravvisano pertanto i presupposti invocati dalla parte ricorrente per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in relazione al disposto dell'art. 106, co. 6, d.lgs. 36/2023, applicato dall'amministrazione con il provvedimento qui impugnato.

Va infine osservato che la connotazione sanzionatoria dell'istituto in esame deve essere esclusa anche sulla base dei criteri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (c.d. criteri Engel), come ha recentemente affermato la Corte costituzionale (sentenza 26 luglio 2022, n. 198, ai punti 8.3. ss. del dritto), che ha

smentito la natura punitiva dell'incameramento della cauzione provvisoria: *“dall'importo della garanzia provvisoria, dalla previsione di forme alternative di costituzione (la cauzione o la fideiussione) e dal regime delle riduzioni previste dal legislatore, dunque, può ben desumersi l'assenza di quel connotato di speciale gravità, necessario affinché la misura pregiudizievole possa essere assimilata a una sanzione sostanzialmente penale”*.

Pertanto, sotto tutti i profili esaminati, la censura va respinta.

13. In conclusione, il ricorso, integrato da motivi aggiunti, va rigettato, stante l'infondatezza delle censure proposte.

14. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore di (...) S.p.A. e della (...) S.r.l., liquidate, per ciascuna delle suddette parti, in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre ad oneri come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente

Valerio Bello, Referendario

Valentino Battiloro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Valentino Battiloro

IL PRESIDENTE

Rita Tricarico

IL SEGRETARIO

